

GRAUS DA CULPA E REDUÇÃO EQÜITATIVA DA INDENIZAÇÃO

Miguel Kfoury Neto (*)

Sumário: 1. Introdução. 2. A equidade. 3. Os graus da culpa. 4. A fixação da indenização. 5. O juiz e a aplicação do art. 944, parágrafo único, do CC/02. 6. Fixação da indenização e o enriquecimento sem causa. 7. A redução eqüitativa da indenização: duas hipóteses de aplicação, no domínio da responsabilidade civil do médico. 7.1 Ausência de obtenção do consentimento informado. 7.2 Perda de uma chance e quantificação da indenização. 8. Conclusões. 9. Bibliografia.

1. Introdução

Destaca-se, no Código Civil de 2002, a maior responsabilidade do juiz, em face da prevalência de normas abertas - uma das alterações fundamentais da nova codificação, em confronto com a Lei revogada. (1)

Francisco Amaral, com precisão, forte no escólio de Miguel Reale, elucida: “Entre os princípios introduzidos no Código Civil de 2002, que orientam comportamentos e a própria realização do direito sistematizado pelo legislador, cientista e filósofo, destaca-se o princípio da operabilidade ou da concretude, essencialmente um princípio de hermenêutica filosófica e jurídica que leva o intérprete não à função limitadora de aplicar o direito, mas à de construir a norma jurídica adequada ao caso concreto e específico. Dessa opção metodológica do legislador resulta uma nova e saudável margem de criação para o intérprete, chamado a participar não mais como um agente passivo de um processo lógico dedutivo, mas sim como participante ativo do processo de normogênese jurídica, para resolver conflitos de interesses entre indivíduos concretos e em situações jurídicas concretas.” (2)

Essas cláusulas abertas desafiarão, por certo, a atividade interpretativa e criadora de advogados e juízes.

O art. 944, parágrafo único, do novo CCB, traz ao prosicênio a análise da graduação da culpa, para se fixar a extensão da reparação do dano - e autoriza o juiz, à luz da equidade, em havendo culpa leve ou levíssima e excessiva desproporção entre a culpa e o dano - a reduzir proporcionalmente a indenização.

Tal modificação - consoante lembrado por Luiz Roldão de Freitas Gomes - foi introduzida pelo Prof. Agostinho Alvim, que assim a justificou, na Exposição de Motivos do Projeto: “Do mesmo modo, em face do Código Civil, o fato de ser leve a culpa, ou levíssima, não exclui a responsabilidade, salvo casos expressos em lei; e sobretudo não vale nunca como atenuante. Todavia não parece justo que, no caso de culpa leve, e dano vultoso, a responsabilidade recaia inteira sobre o causador do dano. Um homem que economizou a vida toda para garantir a

velhice, pode, por uma leve distração, uma ponta de cigarro atirada ao acaso, vir a perder tudo o que tem, se tiver dado origem a um incêndio. E não só ele perde, mas toda a família. Notam os autores que ‘acontecimentos trazem em si uma dose de fatalidade.’ E a fatalidade está em que a distração é uma lei inexorável, à qual nunca ninguém se furtou. É justamente por reconhecer isso que o legislador manda indenizar no caso de acidente do trabalho, embora ele ocorra, quase sempre, por motivo de descuido, negligência, imprudência, enfim culpa do empregado. Por estas razões é que o projeto faculta ao juiz, sem impor, que reduza a indenização. Ele o fará usando da equidade individualizadora, tendo em vista o caso concreto e as suas circunstâncias (*Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, n. 24, p. 101 e 102).” (3)

Avultam, desde logo, como observa Francisco Amaral, as duas funções da equidade: “1) proporcionar um critério para a interpretação jurídica, concedendo ao intérprete maior autonomia; 2) constituir-se, como consciência do direito, em impulso para as respectivas mudanças, buscando o direito, o novo direito, como solução justa para casos concretos.” (4)

Agostinho Alvim, em magnífica obra - atualíssima, não obstante publicada em 1949 - comenta o art. 172, do Anteprojeto do Código de Obrigações de 1941, transformado, com ligeiras alterações de redação, no parágrafo único do art. 944, do CC/02: “Este dispositivo tem sua fonte imediata no art. 43 do Código Federal das Obrigações, que subordina a extensão da reparação à gravidade da culpa e às circunstâncias apreciadas pelo juiz, regra esta ditada para as obrigações oriundas de atos ilícitos, mas aplicável às provenientes de contrato, por força do disposto no art. 99 do mesmo Código.

Porém, aquele arbítrio, que o Código Federal confere ao juiz, de modo algum poderá ser entendido como a possibilidade de aumentar-se a indenização, além do dano sofrido, no caso de haver dolo ou culpa grave, e isso porque haveria locupletamento injustificado do credor.

Tal preceito deve ser entendido como a possibilidade de reduzir-se a indenização, no caso de culpa leve.

Dos comentários de Rossel, vê-se ser esta a legítima interpretação e vê-se, também, a conveniência de um tal dispositivo.

Comentando o Código de 1881, diz ele: “Tem-se criticado esta disposição, que é peculiar do nosso Código. Certamente, suposto o ato ilícito, verificado o prejuízo e não havendo culpa por parte do lesado, o autor do ato deve ser condenado à reparação integral do dano. Mas o acaso desempenha, quase sempre, um papel tão evidente

nestas espécies de negócios, que convém permitir ao juiz levar isso em conta, principalmente nos casos de culpa leve, e não fazer suportar inteiramente pela parte culpada um prejuízo ocasionado, em parte mais ou menos considerável, pela fatalidade' (cf. *Manuel de Droit Fédéral des Obligations*, n 11)." (5)

Diversas codificações estrangeiras, dentre as quais o supramencionado Código Federal Suíço das Obrigações consideram a gravidade da culpa na fixação da indenização. A lei suíça dispõe: "Art. 43 (III. Fixação do Dano), 1) O modo e a extensão da indenização pelo dano causado, estabelece o juiz que, no caso, tem de considerar não só as circunstâncias como a gravidade da culpa. (...) Art. 44 (IV. Motivos de redução), 1) Se o lesado concordou com o ato danoso, ou se circunstâncias, pelas quais deve ele responder, atuaram para criar ou aumentar o dano ou agravaram, de outro modo, a situação do obrigado à indenização, poderá o juiz minorar a obrigação de indenização ou, inteiramente, não a reconhecer; 2) Se o obrigado à indenização que não causou o dano nem intencionalmente nem por negligência grave, ficar, pela prestação da indenização, reduzido a estado de necessidade, poderá o juiz, também por esse motivo, minorar a obrigação de indenizar." (6)

A indenização por equidade encontra-se prevista no § 829, do Código Civil alemão: "§ 829 (Responsabilidade equitativa) Quem, em um dos casos assinalados nos §§ 823 a 826, não for, com fundamento nos §§ 827 e 828, responsável por um dano por ele causado, terá, não obstante, sempre que a indenização do dano não possa ser exigida de um terceiro com dever de vigilância, de indenizar o dano, desde que a equidade, de acordo com as circunstâncias, particularmente, de acordo com as relações entre os interessados, exigir uma compensação, e a ele não sejam tirados os meios dos quais necessita para sua manutenção conveniente, assim como para a realização das suas obrigações legais de alimentos." (7)

Menciona Milton Paulo de Carvalho Filho que, no direito argentino, o art. 1.069, do Código Civil, contemplado na Lei n. 17.711, passou a dispor: "O dano compreende não apenas o prejuízo efetivamente sofrido, senão também a ganância de que foi privado o danificado pelo ato ilícito, e que neste Código se designa com as palavras perdas e interesses. Os juízes, ao fixar as indenizações pelos danos, poderão considerar a situação patrimonial do causador, atenuando-a se for equitativo; mas não será aplicável esta faculdade se o dano for imputável a dolo do responsável." (8)

Na sequência, o magistrado paulista reproduz comentários de Atilio Anibal Alterini: "(...) A natureza da obra do autor exclui a possibilidade de atenuar a responsabilidade quando há dolo; não havendo culpa, ou havendo um ligeiro descuido como é a culpa, compete que os juízes atenuem equitativamente as indenizações no caso. (...)". (9)

O art. 1.103, do Código Civil espanhol autoriza os Tribunais, na responsabilidade contratual e também na aquiliana, a moderar a indenização, "*según los casos*".

Yzquierdo Tolsada refuta a idéia de que o Código espanhol tenha pretendido restaurar a velha gradação de culpa, do Direito romano.

A possível redução ocorre segundo "as circunstâncias do caso" - e não se vincula à intensidade da culpa. O art. 1.103 outorga ao juiz uma faculdade moderadora, igualmente aplicável aos casos de concorrência de culpas (*rectius*, de causas).

A equidade é a fonte exclusiva da decisão judicial - e a forma de aplicá-la integra a soberania do julgador. (10)

2. A equidade

A concepção de RAWLS, acerca da "teoria da justiça como equidade", embora engastada noutro contexto, torna-se útil para validar a menção à equidade, contemplada pelo legislador, no art. 944, parágrafo único, do novo CC: "Assim, a teoria da justiça como equidade busca precisar o núcleo central de um consenso por justaposição, isto é, idéias intuitivas comuns que, coordenadas numa concepção política de justiça, se revelarão suficientes para garantir um regime constitucional justo. Isso é o que podemos esperar de melhor e não necessitamos de nada mais." (11)

O apelo à equidade encontra-se em várias leis. Conceituá-la e, principalmente, aplicá-la, contudo, é tarefa das mais difíceis. (12)

A equidade, entre nós, faz parte da aplicação do direito aos casos concretos. Tanto o legislador, quanto o magistrado, valem-se da equidade - como observa Alípio Silveira. (13)

Pondera Mário Bigotte Chorão:

"Adquire especial saliência, apoiada numa vetusta e prestigiosa tradição cultural, a concepção da equidade como justiça do caso concreto, isto é, uma forma de justiça que, superando a mera justiça legal, se adequa às circunstâncias da situação singular. Nesta acepção, a equidade é como que mediadora entre o princípio abstracto da justiça legal e as exigências dos casos singulares e concretos. Ela é, pode-se dizer, a justiça enquanto concretizada na solução de cada caso. (...) Segundo uma tal concepção, a equidade é, em suma, uma realidade essencialmente jurídica, embora, translegal, que serve para a mais plena realização da justiça (e do direito). Por meio dela se consegue, diz-se, '*sortir de la légalité pour rentrer dans le droit*' (Sertillanges)." (14)

A equidade, para Bigotte Chorão, ao superar a mera legalidade positiva, "possibilita uma consecução mais perfeita da justiça e do direito." (15)

Vicente Ráo, a propósito do tema, expõe as seguintes considerações:

"Designa-se por equidade uma particular aplicação do princípio da igualdade às funções do legislador e do juiz, a fim de que, na elaboração das normas jurídicas e em suas adaptações aos casos concretos, todos os casos iguais, explícitos ou implícitos, sem exclusão, sejam tratados igualmente e com humanidade, ou benignidade, corrigindo-se, para esse fim, a rigidez das fórmulas gerais usadas pelas normas jurídicas, ou seus erros, ou omissões." (16)

Alípio Silveira destaca uma das funções da equidade - a adaptação das normas às circunstâncias do caso:

"Com efeito, muitas vezes sucede que a generalidade com que foi concebida a norma impede a sua correta

aplicação às circunstâncias do caso concreto. Então, surge uma importante operação do juiz: a adaptação da norma abstrata ao caso concreto. A equidade, nesta função, não quer que a norma se quebre, mas simplesmente se amolde, às circunstâncias do caso concreto.” (17)

Por óbvio, será deveras trabalhoso, para o juiz, lançar mão do critério da equidade, para dimensionar com justiça a indenização. Isto porque o conceito, para lá de lógico, é sobretudo ontológico e axiológico - transcende a simples aplicação da norma - para se situar num campo preponderantemente interpretativo.

Incumbirá ao juiz, como acentua o autor português, encontrar a via média entre o normativismo abstrato e o decisionismo casuístico. (18)

Maria Helena Diniz lembra Aristóteles, em sua “Ética a Nicômaco”:

“Desempenha a equidade o papel de um corretivo, de um remédio aplicado pelo julgador para sanar defeitos oriundos da generalidade da lei, pois a aplicação fiel de uma norma a um caso concreto poderá ser injusta ou inconveniente. A equidade é, teoricamente, uma virtude de que deve lançar mão o aplicador, para temperar os rigores de uma fórmula demasiado genérica, fazendo com que esta não contrarie os reclamos da justiça. Considera, portanto, a equidade como uma virtude informada pela justiça.” (19)

A função individualizadora, resultante da equidade - reitere-se - é atribuída ao juiz.

O magistrado, todavia, não dispõe de poderes ilimitados. Sua decisão deverá ser orientada por informes e circunstâncias que - como afirma Agostinho Alvim - “tenham valor perante o direito, circunstâncias que o legislador levaria em consideração, se legislasse para o caso em apreço.” (20)

Deve-se repelir o subjetivismo absoluto. O critério a ser adotado é aquele recomendado pelo sistema do direito - não apenas calcado nas convicções pessoais do juiz.

Isto porque, como assevera o Prof. Alvim, “o juiz, quando julga por equidade, não cria o direito, antes o extrai do sistema e o revela”. O juiz deve revelar o que “descobriu”, não o que haja criado arbitrariamente. (21)

Oportuna, também, a ponderação de GËNY, lembrada por Alípio Silveira:

“Embora a suponhamos perfeita e completa, a lei não pode, por si só, abranger diretamente todas aquelas injunções cuja natureza é satisfazer às necessidades inteiramente concretas da vida jurídica. Entre essas necessidades, tão variadas, tão fugidias, e a fórmula rígida do texto legal, é necessário um intermediário, que possa e saiba adaptar esta fórmula às situações e circunstâncias para as quais foi elaborada. Este intermediário é, precisamente, o intérprete do direito e, particularmente nos litígios concretos, o juiz. Por isso, pode dizer-se que a lei não passa de um simples ponto de partida para aquilo que deve ser realmente e definitivamente estatuído. Quer dizer, o legislador muitas vezes não pode senão determinar as linhas gerais de um dado quadro jurídico, e deve deixar à aplicação do Direito o cuidado de preenchê-lo segundo os pormenores das espécies.” (22)

Por outro lado, mister ressaltar que não se pode colocar a equidade acima da lei - na exata dicção de Brebbia:

“La equidad no se situa por arriba de la ley sino en su mismo nivel, en cuanto ayuda a su aplicación, y por ende, integra el sistema de derecho positivo, al constituir un elemento necesario para la consecución del fin propuesto por la norma. Y ello es así, porque la equidad, en el plano axiológico, según se ha visto, equivale a la justicia, y el Derecho es un conjunto de normas generales coactivas que tienen por finalidad esencial la consecución de aquélla, en el seno de las comunidades humanas. Puede decirse entonces que esa meta final del Derecho que es la justicia, penetra e impregna toda su estructura, e impone a la equidad como factor moderador de todo el sistema, para obtener su concreción en el caso particular; sin la cual, las normas positivas constituirían solo meras aspiraciones y no, concreciones del valor justicia en el plexo del mundo del ser.” (23)

3. Os graus da culpa

Tradicionalmente, tem-se a culpa levíssima, leve e grave. Poderá o juiz, agora, reduzir equitativamente a indenização, mediante a aferição do grau de culpa, cuja gravidade influenciará a quantificação - em cotejo com a extensão do prejuízo.

Incumbirá ao órgão julgador averiguar a culpa, para determinar a obrigação de indenizar; em seguida, definir-lhe a graduação, para a correta valoração pecuniária do ressarcimento (art. 944, parágrafo único).

A seguir, avaliará a desproporção entre culpa e dano, para depois, reconhecida a culpa leve ou levíssima, operar a redução, mediante indicação precisa das razões do seu convencimento, além de detalhar, em suas possíveis minúcias, a forma pela qual obteve o *quantum* indenizatório cominado.

O julgador deverá, também, se for o caso, sopesar a eventual participação da vítima na ocorrência do evento danoso, a fim de excluir o dever de indenizar - ou, atenuá-lo, proporcionalmente, na hipótese de culpas concorrentes (*rectius*, causas concorrentes).

Determinam os dispositivos legais pertinentes:

“Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade da sua culpa, em confronto com a do autor do dano.”

Consigne-se, desde logo, que “se o fato da vítima surgir como causa exclusiva do dano, resultará eliminado o nexo de causalidade - e exonerará totalmente o demandado”.

Por outro lado, a culpa da vítima, quando concorrente, é levada em consideração para exonerar parcialmente o causador do dano. É relativamente raro que a culpa da vítima seja causa exclusiva do dano. Em presença de culpas provadas, tanto da vítima, quanto do requerido, a responsabilidade pelos danos será partilhada entre ambos. A indenização poderá ser reduzida, mas não suprimida totalmente. (24)

Pertinentes, neste comenos, as corretas observações

de Eugênio Facchini Neto: “O art. 945 igualmente constitui uma inovação apenas formal no ordenamento jurídico pátrio, pois embora não conste da legislação vigente, a jurisprudência desde sempre levou em consideração a concorrência de culpas para a fixação das indenizações. Registre-se que embora esteja absolutamente consagrado pelo uso jurisprudencial (predominando também na doutrina) a expressão concorrência de culpas, na verdade a questão não se coloca tecnicamente no plano da culpabilidade, mas sim no plano da causalidade (concorrência de causas ou concausalidade), onde se deve fazer a distinção entre causa e condição. Todavia, referir-se à concorrência de culpas é um uso lingüístico tão arraigado que dificilmente poderá ser revertido, apesar da impropriedade técnica. Rendem-nos, assim, à tradição, embora registrando nossa discordância.” (25)

A propósito da elaboração legislativa do parágrafo único do art. 944, inalterado desde o Projeto submetido à Câmara dos Deputados, o Prof. Arthur E. S. Rios (26), expendeu lúcidos e pertinentes comentários, ora transcritos:

“A gravidade do ato e não a extensão do dano como medida indenizatória - É uma flexibilidade do Projeto 634 a regra geral encontrada no parágrafo único do art. 946, onde ao invés da indenização pela extensão do dano, temos a indenização do prejuízo pela intensidade da culpa do autor do dano ou o julgar pela equidade, reduzindo o *quantum* indenizatório: ‘Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.’ Tal inciso foi bastante discutido na Câmara dos Deputados pelos Deputados Tancredo Neves, Cleverson Teixeira, Siqueira Campos, Fernando Cunha e outros, com cerca de cinco emendas. S. Ex.^a, que depois foi guindado à Presidência da República, afirmou: ‘a indenização deve ser plena, de modo a propiciar a integral reparação do prejuízo’ (Emenda 539), enquanto os demais foram para que não se desse ‘aos juízes tamanha atribuição de alcance impressionante’ conforme expressão de um deles, enquanto o outro dizia: ‘o perigo está em que há juízes bons, íntegros e ilustres, mas há também os maus, perseguidores e grosseiramente incultos’, todos batendo na tecla da supressão daquele dispositivo. Olvidaram Suas Excelências que o juiz não é instância única, e por outro lado, não se legisla por possíveis erros e defeitos dos aplicadores e sim pela justiça, lógica e humanização da norma. No sentido contrário, ou seja, no sentido de se ampliar o ‘reduzir’ para ‘fixar’ firmou-se o Dep. José Bonifácio Neto. O Relator Geral, Dep. Ernani Satyro, recusou todas as emendas, com apoio do Plenário. Com referência à proposta de substituição do termo ‘reduzir’ para ‘fixar’ expressou-se: ‘O poder que no mencionado parágrafo se outorga ao juiz é apenas o de reduzir a indenização por equidade, se verificada excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano’. Realmente o ‘fixar’ que poderia ser também ‘aumentar’ iria ferir o *restitutio in integrum* e transformar o dispositivo numa apenação não razoável. O princípio da ‘redução’ por equidade, decorrente das condições econômicas do responsável, já está exitoso em países evoluídos. Uma desgraça não se compensa com

outra, ademais quando em se tratando da intensidade leve da culpa, até o homem cauteloso pode incorrer (levíssima) ou o homem médio pode incidir (leve) e sempre somente o querer-meio ser a força motriz.”

A existência de culpa, satisfatoriamente provada, qualquer que seja a intensidade, concede ao lesado direito à reparação. (27)

A inovação representada pelo parágrafo único do art. 944 do novo CC, entretanto, introduz a necessidade de o juiz estabelecer o grau da culpa com que se houve o causador do dano, no propósito de fixar com maior justiça a indenização.

Assim, o julgador, após demonstrar, concretamente, em que consistiu o agir culposo do réu, deverá avaliar a intensidade da imprudência, imperícia ou negligência verificada no caso concreto - se grave, leve ou levíssima.

Somente após análise fundamentada, tendo em conta o padrão de conduta do homem prudente, passará o juiz à quantificação da indenização.

O julgador é livre nessa análise; conserva grande liberdade de apreciação. Não existe regra fixa. Preponderará a equidade - como o próprio texto legal recomenda.

Mas a culpa há de resultar configurada, plenamente provada.

Impõe-se, doravante, considerar a maior ou menor gravidade da culpa - não para se imputar responsabilidade, posto que, para tal, basta a existência da culpa - mas ao fito de se estabelecer o valor da indenização: “A extensão da indenização será determinada por arbítrio judicial, conforme a equidade, as circunstâncias e a condição dos interessados. Assim, portanto, o juiz pode decretar uma indenização meramente parcial.” (28)

Na culpa, inexistente intenção de causar o dano, mas há previsibilidade. A culpa grave aproxima-se do dolo, integra a categoria do “quase-delito”. Prosseguem os Mazeaud e Tunc: “(...) a negligência ou imprudência cometida é de tal modo grosseira, que apenas se torna crível que o autor não tenha desejado, ao agir, causar o dano que se produziu.”

Somente a prova da falta de intenção maliciosa afasta a caracterização do dolo. A culpa quase-delitual é um erro de conduta tal, que não o cometeria uma pessoa razoavelmente cuidadosa, que estivesse nas mesmas circunstâncias externas do autor do dano. (29)

Enquadrar-se-ão no figurino da culpa grave a supina negligência, a imperícia crassa, a imprudência criminoso.

Para Mosset Iturraspe, a culpa lata ou grave implica negligência, imprudência ou imperícia extremas, não prever ou compreender o que todos prevêem ou compreendem, omitir os cuidados mais elementares, descuidar da diligência mais pueril, ignorar os conhecimentos mais comuns. Cita o exemplo do advogado que se esquece de ofertar uma prova que demonstraria de modo inequívoco o direito de seu cliente; do médico que não desinfeta uma ferida; do motorista que abandona seu automóvel em movimento. (30)

Em França, a Corte de Cassação assentou que a culpa grave, inescusável, “revela gravidade excepcional quando derivada de ato ou omissão voluntários, da consciência do perigo que o autor deveria possuir; ausenta-se toda e qualquer causa justificativa - e se distingue do

dolo apenas pela falta de um elemento intencional.”

Julgar-se-á a conduta do causador do dano comparando-a com aquela que teria sido observada por um homem escrupuloso, de inteligência e prudência normais.

Nosso Código, ao restaurar a tradicional graduação da culpa, para determinar a extensão da indenização, em leve, levíssima e grave, faz com que o juiz estabeleça comparações entre condutas, observadas as mesmas condições e iguais circunstâncias de tempo e lugar.

Fernando Pessoa Jorge (31) lembra que, no direito romano - do qual advém a teoria das três culpas - na responsabilidade contratual o devedor não respondia por culpa levíssima, a qual, todavia, era relevante na responsabilidade delitual, extracontratual ou aquiliana - daí o aforismo “*in lege Aquilia et levissima culpa venit*”.

Adiante, escolia:

“Os termos da classificação não correspondem, a nosso ver, a modalidades autônomas de culpa em sentido estrito. Trata-se, no fundo, de graus da própria culpabilidade, na apreciação da qual não entra apenas o estado psicológico do agente: pode este actuar com dolo e o juízo de reprovação ser menos severo do que se actuasse com mera culpa. É mais grave a negligência daquele que não apagou a fogueira que acendeu na floresta, do que o dolo de quem causou propositadamente um dano ligeiro em bem alheio; como é mais censurável a atitude do médico que se esqueceu de visitar um doente grave, que estava a seu cuidado, e cujo tratamento exigia essa vigilância, do que aquele que conscientemente faltou à visita prometida, quando sabia que o estado do enfermo não reclamava a sua presença.” (32)

Bustamante Alsina, após esclarecer que a codificação civil argentina não classifica a culpa em graus, indica de que forma deve o juiz atuar para estabelecer a culpabilidade do autor do ato ilícito ou devedor de uma obrigação:

“a) considerar em concreto a natureza da obrigação ou do fato - e as circunstâncias das pessoas, tempo e lugar; b) considerar unicamente as condições pessoais do agente em relação ao maior dever de previsibilidade imposto pelas circunstâncias em que atua; c) com tais elementos concretos, deve o juiz criar um tipo abstrato de comparação que lhe permita estabelecer se o réu atuou ou não como deveria atuar - com cuidado, perícia, diligência, prudência, etc.” (33)

Starck, Roland e Boyer identificam quatro degraus na hierarquia da culpa: intencional, inescusável, grave e leve. Na culpa intencional - ou dolo - a vontade incide sobre o ato e suas consequências. Não somente a vontade de agir de tal maneira, mas ainda querer o resultado danoso. A intenção de prejudicar, de causar o dano, é inerente ao dolo.

Restam, portanto, os demais graus de culpa, acima referidos. Inescusável é a culpa de excepcional gravidade, derivado de ato ou omissão voluntária, da consciência do perigo que o autor deveria possuir - e da ausência de qualquer causa justificativa. Distingue-a do dolo - ou culpa intencional - o fato de a vontade não se aplicar às consequências danosas do ato em questão.

Quanto à culpa grave, apresenta grau de importância menor que da culpa inescusável. Também é despojada de malignidade - e tampouco se equipara ao dolo. A culpa

grave exige julgamento mais severo da conduta do agente, seja pelo comportamento em si, seja pelas consequências advindas dessa conduta. Intrinsecamente, revela erro grosseiro, imperícia imperdoável, incúria patente (não perceber o que todos perceberiam). Extrinsecamente, a gravidade decorre da importância do dano causado, da previsibilidade desse dano e do esforço para evitá-lo.

A culpa leve - ou levíssima - é o erro de conduta ao qual todos os indivíduos estão expostos. Apresenta-se mais freqüentemente sob a forma de negligência, revelando falta de atenção - ou imprudência, devido à falha ou insuficiente reflexão sobre a consequência de seus atos. (34)

A culpa leve consiste na omissão de um cuidado próprio do diligente pai de família, de um homem normal, ordeiro e cuidadoso na gestão de sua empresa ou na atividade correspondente à prestação de que se trata. (35)

Enfim, a culpa, ainda que levíssima, determina a responsabilidade civil. A análise da gravidade determinará o *quantum* indenizatório.

4. A fixação da indenização

Essa graduação introduzida pelo novo CCB permitirá maior justiça ao se fixar a extensão da reparação - por meio da análise da gravidade da imperícia, negligência ou imprudência com que se houve o causador do dano. Conforme a maior ou menor previsibilidade do resultado, maior ou menor falta de cuidado objetivo, o agir culposo será enquadrado como levíssimo, leve ou grave. Aí, o juiz poderá proceder à justa individualização da culpa e, por conseguinte, determinar a extensão da reparação.

Milton Paulo de Carvalho Filho, sobre a inserção de tal dispositivo em nossa codificação civil, comenta:

“Alvim ainda aduz que o fundamento da adoção desse abrandamento legal encontra-se no fato de que às vezes alguém se vê obrigado a reparar prejuízos de vastas proporções por ter concorrido com culpa leve ou por mera fatalidade para a ocorrência do dano. Nesse caso, o juiz poderia sentir-se inclinado a negar a culpa, para evitar uma condenação que não comporta meio-termo. É certo que o juiz não deve fazer isso, mesmo porque a dureza é da lei e não dele. Contudo, certo é também que, se em tais casos ele não tiver algum arbítrio, não serão evitados os julgamentos por sentimentalismo, imprópriamente ditos por equidade. O renomado jurista cita como exemplo o caso de um homem que economizou a vida toda para garantir a velhice, e, por uma leve distração, uma ponta de cigarro atirada ao acaso, pode vir a perder tudo o que tem, se tiver dado origem a um incêndio. E não só ele perde, mas toda a família. Argumenta ainda que, se a vítima também perde, poderia perder igualmente, sem ter a quem recorrer, se a fatalidade fosse outra: um raio, ou obra de um malfeitor desconhecido. Conclui dizendo que a fatalidade está em que a distração é uma lei inexorável, da qual ninguém nunca se furtou.” Acrescenta, também, em nota, exemplo de Sílvio Rodrigues: “(...) pessoa que distraidamente se encosta na vidraça, no vigésimo andar de um prédio, e esta se desprende para cair na rua e matar um chefe de família. Segundo ele, aquela pessoa, que teve apenas uma

inadvertência, poderá ser condenado ao pagamento de uma enorme indenização, capaz de consumir toda a economia de sua família.” (36)

Pertinentes as observações de Fernando Pessoa Jorge, sobre o art. 494, do Código Civil Português:

“(…) que veio dispor: ‘quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem’. Convém precisar o alcance do preceito. Antes de mais, a faculdade atribuída ao tribunal é de fixar uma indemnização inferior ao valor dos danos causados: não pode fixar, pois, indemnização superior, porque a responsabilidade civil não deixa de exercer uma função primordialmente reparadora, e a imposição de tal indemnização envolveria uma pena para o lesante e um enriquecimento injusto para o lesado. Além disso, deverá tratar-se de responsabilidade fundado em acto ilícito meramente culposos, pelo que se excluem os actos dolosos. O tribunal poderá fixar a indemnização em termos diferentes da regra geral, em que ela se mede pelos prejuízos, mas não terá necessariamente de o fazer; se o fizer, julgará segundo a equidade, isto é, segundo o que lhe parecer justo no caso concreto, atendendo a todas as circunstâncias que se verificarem e, em especial, ao grau de culpabilidade do agente.” (37)

Enfatize-se que tal redução - quando viável - repercutirá sobre todas as verbas indenizatórias: danos materiais, morais, lucros cessantes e pensionamento - quando se tratar de dano a pessoa (morte ou incapacidade para o trabalho). O pensionamento em caso de morte, por exemplo, é fixado em dois terços da remuneração auferida pela vítima, pois se presume ser o terço restante consumido no sustento próprio. Reconhecida a culpa leve, poderá o juiz, após avaliar todas as nuances do caso, reduzir a pensão, por exemplo, para um terço da remuneração do *de cuius*.

O mesmo ocorrerá com a compensação do dano moral. É esta, também, a orientação de Carvalho Filho:

“(…) Por fim, ressalte-se que a lei não faz distinção quanto à natureza do dano que autoriza a redução do valor da indenização, que poderá ser material ou moral. Isso significa que poderá ocorrer a hipótese em que a mitigação se dará apenas na fixação da indenização na espécie de um dos danos causados. Seria o caso em que, por exemplo, a culpa leve do agente tenha causado danos morais elevados e materiais de pequena monta. Nesta hipótese, como estaria presente a desproporção exigida pela lei apenas em relação aos danos morais, somente estes autorizariam a redução equitativa da indenização.” (38)

Por óbvio, o dispositivo não se estende aos domínios da responsabilidade objetiva, devido à expressa determinação legal.

Entretanto, nas hipóteses em que terceiro haja de responder (v.g., responsabilidade do patrão por ato culposos do preposto), é plenamente justificável que a culpa leve ou levíssima do empregado seja considerada na atenuação do encargo indenizatório.

Em tais casos, não se cuida de responsabilidade objetiva, mas da modalidade culposa, embora com

transferência do dever de indenizar àquele que, pela má escolha do serviçal, responderá pelos danos que este venha a causar a outrem.

Saliente-se, ainda com Carvalho Filho (39), forte nas ensinanças de Agostinho Alvim, “para quem o arbítrio conferido ao juiz de modo algum poderia conduzi-lo a aumentar a indenização, além do dano sofrido, no caso de haver dolo ou culpa grave, pois geraria locupletamento injustificado ao credor. Por isso, tal preceito deve ser entendido como a possibilidade de reduzir-se a condenação, no caso de culpa leve.”

Sílvio Rodrigues, a propósito do art. 980, parágrafo único, do Projeto de Código Civil de 1975 (com idêntica redação à do atual art. 944, parágrafo único), expendeu as seguintes considerações:

“Tal solução é de grande sabedoria e tenderia a restabelecer a justiça faltante, em muitas hipóteses. De fato, examinado o caso concreto, as circunstâncias pessoais das partes e as materiais que o circundam, o juiz fixará a indenização que entender adequada. Poderá fazê-la variar conforme as posses do agente causador do dano, a existência ou não de seguro, o grau de culpa e outros elementos particulares à hipótese em exame, fugindo de uma decisão ordenada por regra genérica, no geral desatenta das peculiaridades do caso concreto.” (40)

Mais uma vez com Carvalho Filho:

“(…) os requisitos objetivos que devem ser satisfeitos para que o causador do dano tenha direito à redução de que trata o parágrafo único do art. 944 do novo Código Civil” seriam os seguintes: “1) a menor gravidade da culpa - conduta menos reprovável do agente; 2) a ocorrência de um dano de grande extensão que autorize reconhecer a excessiva desproporção entre ele e a gravidade da falta, e 3) permitir a situação econômica do lesante, que não poderá ser reduzido ao estado de necessidade.” (41)

Como dantes mencionado, Agostinho Alvim já se posicionara favoravelmente ao disposto no art. 172, do Anteprojeto de Código de Obrigações - por consagrar melhor doutrina que a do Código Civil - porquanto:

“Sucede, às vezes, que, por culpa leve, sem esquecer uma dose de fatalidade, como acentua Rossel, vê-se alguém obrigado a reparar prejuízo de vastas proporções. O juiz poderia sentir-se inclinado a negar a culpa, para evitar uma condenação que não comporta meio-termo. É verdade que o juiz não deve fazer isso, mesmo porque a dureza é da lei e não dele. Mas o certo é que, se em casos tais ele não tiver algum arbítrio, não se evitarão os julgamentos por sentimentalismo, impropriamente ditos por equidade.” (42)

Arthur E. S. Rios observa que a “*socialização ou humanização do direito*” não perde de vista também o autor do dano, embora tenha em vista mais os fracos, enfraquecidos ou prejudicados.” E conclui:

“Evidente que uma indenização não pode provocar um ‘enriquecimento indevido’ (receber a vítima mais do que o necessário para o restabelecimento do *statu quo ante*) como também não pode promover um ‘empobrecimento indevido’ (receber a vítima menos do que o preconizado no instituto do *restitutio in integrum*), entretanto o pagamento deverá ter o equilíbrio possível, também para

que não se transforme numa injustiça para o devedor.

Jus est ars boni et aequi é a máxima seguida pelo direito, destarte a possibilidade menor do agente para suportar o peso indenizatório pode chegar às raias da necessidade da redução, a fim de que não se consubstancie uma outra desgraça ou desastre, ditada aquela diminuição não pela lógica e sim pela equidade (justiça do caso concreto). O Projeto evolui no particular (aquilo que se tem e aquilo que se deseja ter), de uma das maneiras das mais justas, visto que a reparação civil é patrimonial, com suas limitações, enquanto os riscos assumidos por todos, podem causar danos ilimitados, no que concerne às perspectivas e possibilidades da sorte de cada um.” (43)

5. O Juiz e a aplicação do art. 944, parágrafo único, do CC/02

Quando se recorre à equidade, com o propósito de se reduzir a indenização, em face da culpa levíssima ou leve com que agiu o causador do dano, poder-se-iam estabelecer, desde logo, três faixas, correspondentes às “três culpas”.

Tais parâmetros, percentuais ou numéricos, constituiriam ponto de partida para se operar a redução, em se tratando de culpas menores.

Pode-se então afirmar que a culpa provada, ainda que levíssima, sempre acarretará o dever de indenizar.

Mas incumbirá ao juiz, tendo como ponto de partida hipotética indenização integral, estabelecer o valor apropriado da reparação, a partir de criteriosa análise da extensão da culpa com que se houve o agente.

Ao juiz, quando decidir ação de reparação de danos, fundada na alegação de culpa, incumbirá demarcar, na motivação do *decisum*, quatro fases distintas: na primeira, analisará a existência da culpa - e, caso positivo esse juízo, firmar-se-á a obrigação de indenizar; na segunda, resolverá a questão das verbas indenizatórias, concedendo aquelas que entender cabíveis (danos emergentes, lucros cessantes, pensionamento, danos morais etc.), com adequada motivação; no terceiro momento, já admitido o agir culposo - devidamente provado - o julgador estabelecerá o grau da culpa, por ele identificado, no caso concreto. Quando grave, exporá as razões do seu convencimento e deferirá a reparação integral, já explicitada - encerrando-se aí a sentença. Todavia, caso reconhecida a culpa leve - ou levíssima - passará à quarta fase, que consistirá na indicação, fundamentada, do percentual ou valor da redução, aplicável a cada uma das parcelas integrantes da indenização, deferidas à vítima. Nesta última fase, a par do grau da culpa, deve-se evidenciar a excessiva desproporção entre a culpa e o dano - ou seja, o prejuízo ocasionado pela mínima negligência, v.g., deve assumir grande vulto.

Nessa apuração, como o dano é o requisito de maior visibilidade, dentre os que integram a responsabilidade civil, uma vez fixado o grau da culpa, não haverá dificuldade para se identificar a ocorrência ou não da desproporção a que alude o parágrafo único do art. 944.

Relembre-se, ainda uma vez - com Mosset Iturraspe - que a previsibilidade objetiva, com seu critério abstrato de comparação da atuação do agente a um modelo idealizado, conduz ao reconhecimento dos graus da

culpa, ao estabelecimento de um juízo de maior ou menor reprovação da conduta que se examina, em cotejo com esse *standard* ideal de prudência média. Nessa comparação - prossegue Iturraspe - não se pode prescindir das esferas em que cada pessoa atua (industrial, comercial, profissional) e das exigências de uma vida social ordenada. Fala-se, então - em retrospectiva - no critério do “bom pai de família” (Código Civil francês); aos “cuidados exigíveis nas relações ordinárias” - § 276, BGB; e na “diligência do bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso” - art. 487, 2, do Código Civil português. (44)

Longe de representar uma benesse ao causador do dano, a modificação ora vigente em nosso Código Civil parece-nos apropriada à consecução, pelo julgador, da solução mais justa e equânime, em todas as demandas onde se examine a responsabilidade calcada na culpa, dita subjetiva.

6. Fixação da indenização e o enriquecimento sem causa

Nos dias atuais, verifica-se tendência acentuada, por parte dos julgadores, a agregar às indenizações o denominado “preço do desestímulo.”

Acrescenta-se quantia, em pecúnia, com finalidade punitiva, destinada a quebrantar o ânimo do ofensor, dissuadindo-o de cometer outros atos lesivos. Trata-se de punição exemplar ou danos punitivos.

Tal parcela não guarda nenhuma pertinência com o dano efetivamente sofrido pela vítima, quer material, tampouco extrapatrimonial.

Em tais casos, a rigor, nega-se vigência ao comando emergente do art. 944, *caput*, do Código Civil: “a indenização mede-se pela extensão do dano.”

Giovanni Ettore Nanni, em preciosa tese doutoral, detém-se na análise do enriquecimento sem causa, vinculado à questão da quantificação das indenizações. (45)

Firma, desde logo, princípio segundo o qual é vedado, ao fixar-se a indenização, fazer com que a quantia reparatória transforme-se em fonte de locupletamento do lesado. Esclarece, com apoio nas ensinanças de Caio Mário da Silva Pereira, que o montante da indenização não poderá ser inferior ao prejuízo, posto que a reparação deve ser integral. Também não poderá ser superior ao prejuízo, caso em que as perdas e danos tornar-se-iam fonte de enriquecimento - além de ocasionar a ruptura do binômio dano-indenização. (46)

Na seqüência, o autor expõe, com clareza, seu posicionamento:

“Antes de prosseguir na demonstração da extensão do dano, vale dizer que a questão da instituição da penalidade ao ofensor não vigora no que concerne ao dano patrimonial. E mais, na opinião adotada no presente trabalho, sequer com relação ao dano extrapatrimonial deve-se admitir tal possibilidade. (...)”

Resulta esse ponto de vista da obediência à regra instituída no art. 944, *caput*, do novo Código Civil ao prescrever que a indenização deve ser medida pela extensão do dano, pelo que ficam excluídas verbas adicionais - vale dizer, penalidades -, sob pena

de vilipendiar o princípio em estudo. (47)

A lição do Prof. Renan Lotufo é esclarecedora:

“(...) o objetivo da responsabilização é tornar o lesado indene, isto é, fazer com que o dano não seja sentido, de sorte que a diminuição ou o desaparecimento de um bem jurídico, ou a lesão de um interesse, seja superado, quando não pela reposição no *statu quo ante*, como uma forma indenizatória que supra a perda, a lesão.” (48)

7. A redução equitativa da indenização: duas hipóteses de aplicação, no domínio da responsabilidade civil do médico

7.1 Ausência de obtenção do consentimento informado

A quantificação da indenização sempre suscita controvérsia, principalmente por inexistir balizamento legal - permanecendo a fixação do montante indenizatório ao alvedrio do órgão julgador, de quem se espera, inda mais agora, por expressa previsão legal, decisão informada, sobretudo, pela equidade.

Pode-se exemplificar, no domínio da responsabilidade civil do médico, com as hipóteses de ausência de obtenção do consentimento informado e quando se aplica a teoria da perda de uma chance de cura ou sobrevivência.

No que tange ao consentimento informado, desenha-se a seguinte situação: o paciente submeteu-se a uma cirurgia, por exemplo, sem que os possíveis riscos inerentes ao ato lhe fossem convenientemente esclarecidos. A intervenção se realiza sem falhas, mas o risco, embora pouco freqüente, se concretiza. Noutras palavras, caso o doente, após informado, houvesse aquiescido, o dano seria inevitável - pois não decorreu de culpa médica, sim de causas absolutamente inevitáveis. Mas o enfermo não foi consultado, tampouco informado, e a lesão sobreveio.

Surge, então, a indagação: o profissional deve ser condenado ao ressarcimento integral, como se tivesse ocasionado diretamente os danos materiais e morais - ou a uma reparação parcial, relacionada não ao ato médico em si, mas à ausência do consentimento esclarecido?

Galán Cortés, ao abordar a questão dos critérios para a quantificação da indenização, presente a alegação de dano resultante da falta ou deficiência de informação devida pelo médico, sugere solução assemelhada àquela adotada para a “perda de uma chance”.

A soma indenizatória não seria fixada pela totalidade do dano, isoladamente considerado, como no caso de a lesão ter sido provocada por falha técnica ou deficiente atuação médico-cirúrgica, mas sim diante da probabilidade de o paciente, caso tivesse sido convenientemente informado, não se submeter ao tratamento.

O parâmetro seria, hipoteticamente, a decisão previsível e razoável de outro paciente, diante da mesma situação e bem informado. (49)

Também outros fatores seriam analisados, como o estado de saúde do paciente, prognóstico e gravidade do processo patológico, as alternativas terapêuticas existentes, a necessidade da intervenção médica, a natureza do risco e condições. Assim, prossegue o Prof. Galán, não seria a mesma a indenização fixada quanto ao risco de uma lombalgia ou de uma hemiplegia; se se tratasse de

cirurgia imprescindível ou eletiva; em presença de patologia sem alternativa terapêutica, que não a realizada, ou com diversas opções, algumas menos arriscadas ou até isentas de risco.

Considerar-se-á, ainda, se seria razoável que outro paciente, devidamente informado, optasse pela terapia realizada - ou, ao contrário, declinasse daquela intervenção - bem como se o prognóstico da patologia tratada agravar-se-ia, caso não realizado o ato médico, ou não. (50)

De qualquer forma, como o dano não foi causado pela atuação culposa do médico, apesar da ausência do consentimento informado, a indenização será menor que aquela estabelecida para a hipótese de dano diretamente ocasionado por imperícia, imprudência ou negligência do profissional.

A propósito, julgado proferido por corte espanhola: “não pode equiparar-se, no plano da responsabilidade, o dano que é consequência da negligência médica, durante a intervenção, com aquele que resulta da omissão de informação concreta sobre um risco infreqüente, mas não excepcional, da operação.” (51)

Indeniza-se o dano moral gerado por privar-se o paciente de sua capacidade de autodeterminação - e não pela lesão causada pela cirurgia - toda vez que a intervenção tiver sido correta e representado a única opção terapêutica existente; por isso mesmo, o consentimento, naquelas circunstâncias, teria sido concedido por qualquer outro paciente.

Constata-se, pois, que a correlação entre a falta de consentimento e o dano, ao fito de se estabelecer o *quantum* indenizatório, não se faz de modo exatamente análogo à hipótese do prejuízo acarretado diretamente pelo agir culposos do médico.

O juiz, ao fixar a indenização, deverá examinar os fatores enfatizados por Galán Cortés - em especial: a) existência de outras terapias menos perigosas ou desprovidas de potencialidade lesiva; b) se, à luz do que comumente ocorre, outro paciente, em idênticas condições, teria consentido, após inteirar-se dos perigos inerentes à intervenção; c) se tais riscos, não informados, eram comuns ou excepcionais. Após, incumbirá ao julgador mensurar as consequências concretas da falta de consentimento, arbitrando reparação consentânea.

Fundamental é que o juiz avalie a distinção entre as duas hipóteses - falta de informação e nexo etiológico com o dano sofrido pelo paciente - a fim de que resulte bem definida, no julgado, a origem da reparação.

Em suma, também quando se trata da quantificação da reparação, nessas hipóteses de transgressão ao dever de obtenção do consentimento esclarecido e bem formado do paciente, ao órgão julgador incumbirá considerar o grau da culpa - aqui considerada tão-somente no que pertine à falta do consentimento esclarecido - e informar sua decisão, também, pelos princípios da equidade.

7.2 Perda de uma chance e quantificação da indenização

Às vezes, não é possível ao lesado provar que a atuação (ou omissão) do médico ocasionou o dano.

É o caso, por exemplo, do retardamento no diagnóstico de certa enfermidade. Quando, enfim, o médico descobre qual a doença de que padece o en-

fermo, a terapia não mais surte efeito e a pessoa morre.

Em muitos casos, não se pode afirmar, com certeza absoluta, que o diagnóstico precoce poderia salvar a vida do paciente, dada a virulência do mal.

Não é possível provar, portanto, que o prejuízo fatal foi causado pela demora em diagnosticar. Mas ninguém põe em dúvida que o retardamento subtraiu, ao menos, uma chance, ou oportunidade, de a vítima sobreviver por mais tempo - ou até vir a se curar.

Como essa causalidade entre a chance perdida e o resultado morte é incerta e improvável, a jurisprudência (a principiar pela França, em 1965) contenta-se com a indenização desse prejuízo “intermediário” - no dizer de Jorge Gamarra. (52) A reparação, no entanto, não é integral, posto que não se indeniza o prejuízo final, mas sim a chance perdida. (53)

O erro de diagnóstico é, em princípio, escusável. Há sintomas inespecíficos, que mascaram determinadas doenças. Por isso, o médico só responderá por falha de conduta diagnóstica - o modo de proceder à investigação dos sinais patognomônicos - ou quando grosseira sua falha ao diagnosticar (descurar sintoma evidente e inconfundível, que outro médico, sem lugar, jamais ignoraria).

Inexiste dúvida, por conseguinte, que a perda de uma chance contempla casos singulares de culpa médica - quase sempre levíssima ou leve.

Também aqui se encontra, por conseguinte, terreno apropriado à incidência da redução da indenização, por equidade, na forma do art. 944, parágrafo único, do novo CC.

Quando não é possível afirmar que determinado dano se deve a um ato ou omissão do médico, a Corte de Cassação francesa supõe que o prejuízo consiste na perda de uma possibilidade de cura - e, em consequência, condena à indenização por esta perda.

Desaparece, desse modo, a dificuldade em se estabelecer a relação de causalidade entre o ato ou omissão médica e o agravamento da condição de saúde, invalidez ou morte do paciente - que tanto podem dever-se à culpa do profissional quanto às condições patológicas do próprio doente. Afirma-se que a atuação do médico diminui a possibilidade de cura desejável.

A causalidade resulta, então, fácil de estabelecer, pois, como disse Penneau, já não se trata tanto de demonstrar que tal culpa causou tal prejuízo, mas sim de afirmar que sem a culpa o dano não teria ocorrido. (54)

Em síntese, admite-se que a culpa do médico comprometeu as chances de vida e a integridade do paciente.

Pouco importa que o juiz não esteja convencido de que a culpa causou o dano. É suficiente uma dúvida.

Os tribunais podem admitir a relação de causalidade entre culpa e dano, pois a culpa é precisamente não ter dado todas as oportunidades (“chances”) ao doente. Milita uma presunção de culpa contra o médico.

O Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, em voto que proferiu (55), reproduz as características da perda de uma chance, na lição de François Chabas (*La Perte d'une Chance en Droit Français*, palestra na Faculdade de Direito da UFRGS, em 23.05.1990): “*On remarque, dans ces affaires, les traits communs qui sont les caractéristiques du problème: 1. Une faute de l'agent; 2. Un enjeu total perdu et qui pourrait être le préjudice; 3. Une*

absence de preuve du lien de causalité entre la perte de cet enjeu et la faute, parce que, par définition, cet enjeu est aléatoire. C'est une caractéristique essentielle de la question.”

Nunca se deslembre, todavia, que na perda de uma chance indeniza-se, em realidade, a chance, a oportunidade subtraída à vítima. Estampa tal conclusão julgado do Tribunal de Alçada do Paraná, que reapreciou - e manteve - sentença de procedência parcial da seguinte demanda indenizatória: associado de um plano de saúde contratara, também, transporte por UTI aérea - justamente por ser agropecuarista, deslocando-se freqüentemente à propriedade situada no interior do Estado de São Paulo. A vítima, quando se encontrava na fazenda, sofreu um AVC hemorrágico, derrame cerebral de significativas proporções. O médico que o atendeu, na pequena cidade interiorana, tentou entrar em contato telefônico, durante cerca de hora e meia, com a central da UTI aérea - sem êxito. Alegou-se a ocorrência de pane no sistema de telefonia do Aeroporto de Congonhas. Por isso, o transporte se fez por via terrestre, até a localidade que dispunha de maiores recursos. Três dias depois, não obstante a craniotomia levada a efeito por neurocirurgião, o paciente faleceu. Ninguém, em sã consciência, poderia afirmar com absoluta convicção que o paciente teria sobrevivido - dadas as dimensões do AVC - caso o traslado aéreo, por jato ou helicóptero, tivesse sido imediato. Mas não há dúvida quanto ao fato de o serviço deficientemente prestado pelo plano de saúde haver subtraído, ao menos, uma chance de o paciente sobreviver. Com seqüelas ou não, é impossível afirmar-se. A pretensão ao recebimento de valor correspondente a três mil salários mínimos, como compensação pelos danos morais, resultou na condenação ao pagamento de R\$16.000,00 (dezesesseis mil reais). (56)

Yves Chartier assinala que o dano, na perda de uma chance, é incerto - pois a própria realização da chance jamais seria certa. Mas existe uma certeza, que justifica a indenização: esta chance de obter algo, ou de evitar uma perda, que se situa na ordem possível - se não provável - das coisas, não poderá mais se produzir.

De maneira geral, a perda de uma chance repousa sobre uma possibilidade e uma certeza: é verossímil que a chance poderia se concretizar; é certo que a vantagem esperada está perdida - e disso resulta um dano indenizável. Noutras palavras: há incerteza no prejuízo - e certeza na probabilidade.

A chance perdida deve ser “séria”, ou “real e séria”. É necessário demonstrar a realidade do prejuízo final, que não pode ser evitado - prejuízo cuja quantificação dependerá do grau de probabilidade de que a chance perdida se realizaria.

O montante estará vinculado à avaliação do dano consecutivo à perda. Se, por exemplo, a indenização integral atingiria cem mil francos, mas a vítima teve perdida uma chance, em duas razoavelmente possíveis, a indenização seria de cinquenta mil francos. (57)

Acórdão relatado pelo Des. Araken de Assis, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sufraga “*la perte d'une chance*”:

“Responsabilidade civil. Médico. Comporta-se contra

a prudência médico que dá alta a paciente, a instâncias deste, apesar de seu estado febril não recomendar a liberação e comunicado, posteriormente, do agravamento do quadro, prescreve sem vê-lo pessoalmente. O retardamento dos cuidados, se não provocou a doença fatal, tirou do paciente razoável chance de sobreviver. Também contribuiu a vítima à extensão do dano insistindo na alta. Limites indenizativos remetidos à liquidação. Verba honorária alterada. Apelação provida em parte” (In RJTJRGs 158/214). A condenação, de 408 salários mínimos, a título de dano moral, foi reduzida em trinta por cento (30%), devido a essa contribuição da vítima.

Gamarra alude a um dos casos mais conhecidos, *Herzkovits v. Group Health Cooperative* (S.C. Washington, 1983) em que houve retardamento de seis meses no diagnóstico de um câncer de pulmão: “quando o paciente é examinado pela primeira vez pelo médico, este fracassa em diagnosticar um tumor; se houvesse sido detectado nesse momento, o paciente teria 39% de chances de sobreviver cinco anos; quando o tumor foi descoberto e tratado, sua chance de sobreviver por mais de cinco anos era somente de 25%; o dano estava representado pela redução da chance em 14%; aqui encontramos a quantificação percentual do dano em função do valor da chance perdida, que é clássica - *todavía nada impede que os juízes recorram também a uma liquidação por equidade.*” (58) (destaquei.)

A matéria é instigante, mormente no âmbito da responsabilidade médica. De qualquer modo, representa um agravamento do estatuto da culpa. Às vezes, será solução justa, para contrabalançar o caráter aleatório da prova.

Sérgio Severo, a propósito da indenização pela perda de uma chance, pondera, com inteira pertinência: “(...) é essencial que a mesma seja ‘plausível e não aponte uma simples quimera’, como ensina Le Tourneau”. E, adiante, reforça: “(...) esta chance deveria ser séria e viável. (...) Portanto, a chance deve ser considerável e não meramente eventual. O montante indenizatório também não deve ser correspondente ao total do benefício que possivelmente ocorreria ou das perdas que poderiam ser evitadas. Na estipulação de tal montante, deve ser levada em conta a probabilidade de que tal sucedesse, sendo indenizado o percentual de que foi privada a vítima, ou seja, o juiz apreciará, então, não o valor global dos ganhos ou perdas, mas a proporção deste valor que em concreto representa a frustração da chance, que é atribuível ao agente segundo as circunstâncias do caso.” (59)

Como visto, a perda de uma chance, no domínio médico, atinge a causalidade, ao passo que nas demais áreas da responsabilidade civil refere-se ao prejuízo.

Tanto a chance perdida de obter um ganho quanto a de evitar uma perda tornam-se ressarcíveis.

Ressalte-se, ainda uma vez, que *a perte de chance de guérison ou de survie* não constitui artifício hipotético. Dá-se o que Yvonne Lambert-Faivre denomina “culpas deontológicas”, que também lançam conseqüências sobre o doente.

No tocante à quantificação dos danos, ter-se-ia que analisar o estado anterior da vítima e o dano imputável ao ato terapêutico que provocou a perda da chance, a fim de se estabelecer essa proporcionalidade entre o ato médico - aparentemente vinculado à perda - e o dano em si. (60)

Lambert-Faivre também alude às críticas formuladas a essa teoria. A determinação do nexo causal constitui operação intelectual apoiada sobre indícios e presunções. Tal exercício mental é sempre delicado - e exige dos magistrados que determinem, com sabedoria, se a culpa médica foi relevante, ou não, para causar o dano. Se a resposta for afirmativa, o médico deverá reparar por inteiro o prejuízo; se negativa, impossível se estabelecer o nexo de causalidade, não haveria responsabilidade médica. É a teoria do “tudo ou nada”.

A “perda de uma chance de cura ou sobrevivência”, não obstante, tem conquistado mais adeptos que detratores - e, com mais de trinta e cinco anos de aplicação, resiste ao passar do tempo.

No Brasil, aos poucos, a teoria tem encontrado adeptos.

Em fevereiro de 1993, ainda o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pelo voto condutor do Des. Araken de Assis, ao julgar o procedimento de um médico que concedeu alta a paciente, atendendo a insistentes pedidos do enfermo, apesar de seu estado febril não recomendar a liberação - e, comunicado posteriormente do agravamento do quadro, prescreveu sem ver o doente - concluiu: “O retardamento dos cuidados, se não provocou a doença fatal, tirou do paciente razoável chance de sobreviver. Também contribuiu a vítima à extensão do dano insistindo na alta”. (61) Ao motivar o julgado, asseverou o relator: “(...) Liberando o paciente e retardando seu reingresso na instituição hospitalar, o apelante fê-lo perder chance razoável de sobreviver, embora a virulência estatística da doença. (...)”.

A apuração do *quantum* foi remetida à liquidação - considerando-se participação da vítima, pelo retardamento em comunicar o agravamento de seu estado de saúde, em trinta por cento do montante a ser apurado.

Tal hipótese, hoje, também se resolveria adequadamente mediante invocação do supra-referido art. 944, parágrafo único, do novo CC.

8. Conclusões

8.1 O novo Código Civil, pela adoção de normas abertas, consagra o princípio da operabilidade e possibilita ao juiz, em diversas hipóteses, construir a norma que regerá o caso.

8.2 O art. 944, parágrafo único, do CC/02, determina que o juiz aplique a equidade, para reduzir a indenização, tendo em conta o grau da culpa e o vulto do prejuízo.

8.3 A equidade desempenha função individualizadora, atribuída ao juiz - e visa à consecução da justiça e do direito.

8.4 A aplicação da equidade repele o subjetivismo absoluto e deve adequar-se ao sistema do direito.

8.5 Tradicionalmente, a culpa classifica-se em levíssima, leve e grave (ou *lata*). Quando levíssima ou leve, em cotejo com a extensão do prejuízo, o juiz efetuará as operações, racionais e fundamentadas, tendentes a reduzir o *quantum* indenizatório.

8.6 Quando houver culpa exclusiva ou concorrente da vítima, a indenização poderá ser denegada ou atenuada, proporcionalmente à contribuição do lesado na eclosão do evento danoso (art. 945, CC).

8.7 Culpa é o desvio de um modelo ideal de conduta.

Na culpa leve, transgride-se o dever de cautela inerente ao homem médio; na levíssima, deixa-se de observar cuidado excepcional.

8.8 A culpa, ainda que levíssima, acarreta a responsabilidade civil; a análise da gravidade determinará a extensão da indenização.

8.9 A redução, quando possível, incidirá sobre todas as verbas indenizatórias: danos emergentes, lucros cessantes, pensionamento e dano moral - dentre outras.

8.10 Tal redução terá lugar somente nas hipóteses de responsabilidade subjetiva, em que o fator de atribuição radica na culpa *stricto sensu* (imperícia, imprudência ou negligência) - descartados os casos de responsabilidade objetiva.

8.11 Nos casos de responsabilidade por culpa presumida - em que terceiro responde pelo ato culposos - também será possível operar-se a redução preconizada pelo art. 944, parágrafo único, do CC.

8.12 A adequação da indenização, na forma do parágrafo único do art. 944, não vem em detrimento da vítima, tampouco em favor do causador do dano; visa, tão-somente, à consecução da justiça, quando flagrante a desproporção entre o agir culposos e a magnitude do prejuízo.

8.13 O juiz, nas sentenças que apreciam o mérito das ações de reparação de danos, derivadas de responsabilidade subjetiva, deverá deliberar sobre a existência de culpa provada, resolver as verbas indenizatórias aplicáveis, definir o grau da culpa, examinar a extensão do dano e, presentes os pressupostos legais, operar a redução porventura cabível. Todas essas operações, em tópicos destacados, devem ostentar precisa fundamentação.

8.14 O art. 944, *caput*, do CC, veda a incidência da função punitiva da indenização - sob a denominação "danos punitivos", "punição exemplar", "preço do desestímulo" ou outras, pelo jaez - porquanto a indenização deve-se medir pela extensão do dano, vedado o enriquecimento sem causa da vítima.

8.15 No âmbito da responsabilidade civil do médico, nas hipóteses de transgressão ao dever de obtenção do consentimento informado e de aplicação da teoria francesa da "perda de uma chance de cura ou sobrevivência" - nas quais a culpa é leve, ou até mesmo inexistente, no ato médico em si, torna-se recomendável a aplicação do art. 944, parágrafo único, do CC/02 - deferindo-se, sempre, indenização parcial.

Notas

(1) REALE, Miguel. *A história do novo Código Civil brasileiro*, p. 2.

(2) AMARAL, Francisco. *A equidade no Código Civil brasileiro*, p. 197.

(3) GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Elementos de Responsabilidade Civil*, p. 66 e 67.

(4) *Idem*, p. 199.

(5) ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências*, p. 200 e 201.

(6) SOUZA DINIZ. *Código Civil Suíço e Código Federal Suíço das Obrigações*, p. 164 e 165.

(7) SOUZA DINIZ. *Código Civil Alemão*, p. 138 e 139.

(8) CARVALHO FILHO. Milton Paulo. *Indeni-*

zação por Equidade no Novo Código Civil, p. 97.

(9) *Idem*, p. 98.

(10) YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Sistema de Responsabilidad Civil, Contractual y Extracontractual*. Madrid: Dykinson, p. 233 e 234.

(11) RAWLS, John. *Justiça e Democracia*, p. 235.

(12) ALVIM, Agostinho. Da equidade. *RT*, vol. 797, mar. 2002, p. 767.

(13) SILVEIRA, Alípio. *Heremênutica no Direito Brasileiro*, vol. 1, p. 370.

(14) CHORÃO, Mário Bigotte. *Temas fundamentais de Direito*, p. 86.

(15) *Idem*, p. 88.

(16) RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*, vol. 1, p. 69.

(17) SILVEIRA, Alípio. *Op. cit.*, p. 372.

(18) CHORÃO, Mário Bigotte. *Op. cit.*, p. 93.

(19) DINIZ, Maria Helena. *As Lacunas no Direito*, p. 244.

(20) ALVIM, Agostinho. Da equidade, *cit.*, p. 770.

(21) *Ibidem*.

(22) GÈNY, F. *Méthode d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif*, 1932, vol. II, parágrafo 176 bis. *Apud* SILVEIRA, Alípio. *Op. cit.*, p. 76.

(23) BREBBIA, Roberto H. *La equidad en el Derecho de Daños*, p. 54.

(24) LE TOURNEAU, Philippe e CADIET, Loïc. *Droit de la responsabilité*, p. 278 ss.

(25) FACCHINI NETO, Eugênio. *Da responsabilidade civil no novo Código*, p. 185.

(26) RIOS, Arthur E. S. "Responsabilidade civil - os novos conceitos indenizáveis no Projeto Reale", *Revista de Direito Civil* 36/68.

(27) MAZEAUD, Henry e León et TUNC, André. *Tratado de la responsabilidad civil*, t. 1º, vol. 2, p. 162.

(28) ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de obligaciones*, vol. 2º, p. 618.

(29) *Op. cit.*, p. 63, 65 e 85.

(30) MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por Daños*, t. I, p. 75.

(31) JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, p. 357.

(32) JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, p. 359.

(33) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoria general de la responsabilidad civil*, p. 334 ss.

(34) STARCK, Boris; ROLAND, Henri e BOYER, Laurent. *Obligations*, p. 147 ss.

(35) MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Op. cit.*, p. 73.

(36) CARVALHO FILHO, Milton Paulo. *Op. cit.*, p. 67 e 68.

(37) *Op. cit.*, p. 364.

(38) *Op. cit.*, p. 103.

(39) *Op. cit.*, p. 67.

(40) RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil - Responsabilidade Civil*, vol. 4, p. 205.

(41) *Op. cit.*, p. 103.

(42) ALVIM, Agostinho. Da Inexecução..., *cit.*, p. 201.

(43) RIOS, Arthur E.S. *Loc. cit.*

(44) MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por Daños*, t. I, p. 73 a 75.

(45) NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*, p. 331 ss.

(46) PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 312. Apud NANNI, Giovanni Ettore. *Op. cit.*, p. 333.

(47) NANNI, Giovanni Ettore. *Op. cit.*, p. 334 e 335.

(48) LOTUFO, Renan. *Curso Avançado de Direito Civil*, vol. 1, p. 302.

(49) GALÁN CORTÉS, Júlío César. *Responsabilidad medica y consentimiento informado*, p. 237.

(50) *Idem*, p. 238.

(51) *Ibidem*.

(52) GAMARRA, Jorge. *Responsabilidad Medica*, p. 301.

(53) MÉLENNEC, Louis e MÉMETEAU, Gérard. *Traité de droit médical*, t. 2, p. 138 a 140.

(54) PENNEAU, Jean. *La responsabilité médicale*. Paris: Sirey, 1977. Apud ATAZ LÓPEZ, Joaquín. *Los medicos y la responsabilidad civil*, p. 342 a 346.

(55) *In RJTJRS* 149/459.

(56) TAPR. Ap. Cível n. 224.231-1. Rel. Juiz Conv. Sérgio Luiz Patitucci.

(57) CHARTIER, Yves. *La réparation du prejudice*, p. 13 ss.

(58) GAMARRA, Jorge. *Op. cit.*, p. 303.

(59) SEVERO, Sérgio. *Os Danos Extrapatrimoniais*, p. 13-14.

(60) LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. *Droit du dommage corporel*, p. 678 e ss.

(61) ApCiv 592020846. 1ª Câ. Civ. Passo Fundo. j. 16/02/1993. Rel. Des. Araken de Assis. *RJTJRS* 158/214.

9. Bibliografia

ALVIM, Agostinho. “Da equidade”. *In RT* 797, mar./ 02.

_____. *Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

AMARAL, Francisco. “A equidade no Código Civil brasileiro”. *In: ARRUDA ALVIM, J. M. et al. Aspectos Controvertidos do novo Código Civil - Escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ATAZ LÓPEZ, Joaquín. *Los medicos y la responsabilidad civil*. Madrid: Montecorvo, 1985.

BREBBIA, Roberto H. “La equidad en el Derecho de Daños”. *In: BUERES, Alberto José e KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (coord.). Responsabilidad por Daños en el Tercer Milênio - Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoria general de la responsabilidad civil*. 8. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo. *Indenização por Equidade no Novo Código Civil*. Atlas, 2003.

CHARTIER, Yves. *La réparation du préjudice*. Paris: Dalloz, 1996.

CHORÃO, Mário Bigotte. *Temas fundamentais de Direito*. Coimbra: Almedina, 1986.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de obligaciones*. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1960, v. 2.

FACCHINI NETO, Eugênio. “Da responsabilidade civil no novo Código”. *In: SARLET, Ingo Wolfgang*

(coord.). *O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

GALÁN CORTÉS, Júlío César. *Responsabilidad medica y consentimiento informado*. Madrid: Civitas, 2001.

GAMARRA, Jorge. *Responsabilidad Medica*. Montevideo: FCU, 2001, p. 301.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Elementos de Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1999.

LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. *Droit du dommage corporel - Systèmes d'indemnisation*. 3. ed. Paris: Dalloz, 1996.

LE TOURNEAU, Philippe, CADIET, Loïc. *Droit de la responsabilité*. Paris: Dalloz, 1996.

LOTUFO, Renan. *Curso Avançado de Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, v. 1.

MAZEAUD, Henry, MAZEAUD, León, TUNC, André. *Tratado de la responsabilidad civil* (trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo). Buenos Aires: EJE, 1962, tomo 1º, v. II.

MÉLENNEC, Louis, MÉMETEAU, Gérard. *Traité de droit medical*. Paris: Maloine, 1982. t. 2.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por daños*. Buenos Aires: Ediar, 1982, t. I.

NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 331 ss.

PENNEAU, Jean. *La responsabilité médicale*. Paris: Sirey, 1977.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 3. ed. São Paulo: RT, 1991, v. 1.

RAWLS, John. *Justiça e Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. “A história do novo Código Civil brasileiro”. *In: Direito e Justiça*. Estado do Paraná, 08/12/2002.

RIOS, Arthur E. S. “Responsabilidade civil - os novos conceitos indenizáveis no Projeto Reale”. *Revista de Direito Civil* 36/68.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil - Responsabilidade de civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1985, v. 4.

SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica no Direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1968, v. 1.

SOUZA DINIZ. *Código Civil Alemão*. Rio de Janeiro: Record, 1960.

_____. *Código Civil Suíço e Código Federal Suíço das Obrigações* (trad.). Rio de Janeiro: Record, 1961.

STARCK, Boris, ROLAND, Henri, BOYER, Laurent. *Obligations*. 5. ed. Paris: Litec, 1996.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Sistema de Responsabilidad Civil, Contractual y Extracontractual*. Madrid: Dykynson, 2001.

(*) Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Doutorando em Direito na PUC/São Paulo. Prof. da Escola da Magistratura do Paraná. Titular da Academia Paranaense de Letras Jurídicas.